

会社訴訟において裁判所はコーポレート・ガバナンスをどうみるか
——主に馴合訴訟の論争を通じてみた——

石 田 宣 孝

- 一 問題の提起
- 二 株主代表訴訟と呼称されるようになって何が変わったのか
- 三 判例にみる会社訴訟における間接的コーポレート・ガバナンス
- 四 むすび

一 問題の提起

1 会社訴訟の定義

ここでいう会社訴訟とは、松本蒸治のいう「会社法上の訴」と同じ範疇の商法法規をいう。⁽¹⁾ これ等の法規が、昭和二五年商法改正の会社機関組替えにより、従前の法的性格を修正したことに伴い、これと区別する意味で用いることにする。会社機関の組替えとは、機関として存在した取締役が、組織としての取締役会制度に変容したり、監査役に昭和一三年法二七四条にあつた会社の業務及び財産の状況を調査する権限がなくなつたことで、従来の会社統督はその変容を余儀なくされるに至つた、とする私の理解を基礎とする。その重大な要因の一つとなるのは、わが国の商法が実体法的規定と手続法的規定の混在する、アメリカの会社制度を範とする多様な法律を導入した結果によるものであるという論理である。私がかねてから会社訴訟という言葉を使用するのはこのためである。

2 代表訴訟の導入と取締役の責任追求の方法の変容と新たな問題 (bias と 馴合)

昭和二五年の法改正で新たに設置されることとなつた代表訴訟に関する一連の規定の中に、原告および被告の共謀により会社の権利を阻害する結果となる該判決に対し、再審の訴えを会社または株主が、提起することによつて、その不服を申し立てることができる規定（商法二六八条ノ三）が置かれた。これがいわゆる馴合訴訟防止の効

果をもつものであることは、当時の注釈書⁽⁴⁾が、『例えば取締役と株主とが馴合訴訟を行い、原告たる株主が故意に立証を尽くさずして敗訴する場合の如き、又は取締役の株式会社に対して負担する損害賠償の一部についてのみこれを追及する訴を提起せしめて、爾余の額につき責を免れしめんとするが如き、これである』と、指摘し、多くの注釈書もおおよそこのような表現を以て対応した。

しかし代表訴訟制度そのものの認識が、当時では極めて薄く、従来からあつた取締役の会社に対する責任⁽⁵⁾を追求するこの種の会社訴訟は、明治三二年法一七八条、さらに昭和一三年法二六七条に定めた取締役に対する訴え⁽⁶⁾の規定が削除され、会社法上の訴としての法的基盤を失うことになる。これ等二回にわたる改正により条文は、訴え提起の資格を資本の一〇分の一を有する株主⁽⁷⁾から、会日の三カ月前からひき続き資本の一〇分の一以上に当たる株式を有する株主⁽⁸⁾に限定、縮小され、⁽⁹⁾提訴の判断が、株主総会（以下総会という）という機関に委ねられることになれば、提訴を誘発する方向とはむしろ逆行する。このような傾向は、総会を運営したり、あるいは取締役会（以下役会という）を運営する構成員間（閉鎖会社ではいずれも同一の構成員であることが多いから、敢えて役会を加えた）のbias（少数派株主側からみた偏見⁽¹⁰⁾）からも垣間見ることができ、⁽¹¹⁾実際、この種の責任を追求する訴訟は極めて控えめ⁽¹²⁾の数値を示す。しかし、本来の訴訟とは異なる間接訴訟であるという理解や、株主の提訴要求を会社がどう判断⁽¹³⁾するかの決定の見えにくさ、あるいは訴訟の目的の価額の算定を財産権上の請求と判断されてきたこと等は、代表訴訟をかなり解りにくい状況に置いたことは間違いない。

3 従来の会社訴訟と代表訴訟との調和（馴合の原因は法改正によっても変わらない）

現行法上、旧法下での提訴要件がなくなったことが、代表訴訟と直結すれば、この種の提訴は、取締役個々の法令・定款違反の事実を知る会社における構成員・単独株主に、開放されたわけであるが、爆発的に責任追求がなされることはならなかった理由に、前述の間接訴訟への株主の理解や訴訟技術上の障害の存在を否定できない。しかし、会社の機関行為に対する各種訴訟、例えば総会決議の無効・取消、新株発行の無効の訴えを提起する当事者と、取締役の責任を追求する訴訟、その中には当然、会社と取締役間における訴訟も含まれるし、代表訴訟においても会社が株主の請求に應えて訴訟参加⁽¹⁶⁾し、その訴訟の指揮を会社がとれば、会社・取締役間の訴訟と同じ構造となり、両者の提訴権者に本質的相違はないとみるべきである。それゆえ、前示注（16）の伊沢の指摘する馴合的訴訟の危険は決して消えない。提訴権は、会社を構成する社員として自己の利益のために行使しうる権利であり、『社員たることと関係のない純個人的利益のために行使することできない』性格（共益権）を有することはいい尽くされた議論である。⁽¹⁷⁾この責任追求の数の少なさの原因の一つに、馴合的・お互いに責任を軽減し合う企業体質が混在すると思われる。それゆえ、取締役の責任を追求する訴訟代表を決定する判断を行う各種の会社の会社・社員間の訴えの会社を代表する者の決定につき合名会社については、現行七九条に、代表すべき社員がいなくは他の社員の過半数決議を以て行うこと、合資会社については現行一四七条に合名会社の規定が準用されるとある。株式会社については現行二七五条ノ四の監査役、⁽¹⁹⁾商法特例法二四条の役会、有限会社法の二七条ノ二については社員総会で定める者である。誰を責任追求の訴えの訴訟当事者と位置づけるかは、裁判所の目を通じて行われる

コーポレート・ガバナンスの確認（判断）の重要な課題である。

4 従来の会社訴訟が総会の決議を争う訴えに集中した別の理由（利益供与の存在）

誰を取締役の責任追求の局に据えるかで見えてくるのは、結局会社の社員ないし株主であり、会社訴権が社員としての権利行使であるとするのは、前示大隅説の指摘するところである。取締役個々の行為が、会社の利益と結びつくか否か、すなわちその行為が会社利益に損害を生ぜしめたか否かは、利益処分⁽¹⁹⁾の判断や取締役を選任（信任するか否か）する総会の場で明らかになる。責任追求の矛先を緩めれば、損害賠償や解任という議題は引っ込み、畢竟、総会決議の有効・無効を通じて間接的に取締役の責任を喚起するだけにとどまる趨勢をたどることとなるのは必然であろう。会社の意思決定の是非を争う訴えにより、会社の利益はもちろん確保されることになる。決議の無効により行為を辞めさせることによって、会社から流失する利益を食い止め、既に流失した損失を取り戻す効果⁽²⁰⁾がないわけではないから、この種の訴訟が無意味なわけではない。かかる訴訟が、確認か形成いずれの類型と近似するかは、議論の分かれる所ではあるが、会社自体に直接利益（金銭）、すなわち給付をもたらすわけではなく、会社に積極的に利益を積み上げることにはならない。逆に、会社が訴訟に勝ったとしても、総会の場で、責任追求の矢面に立たされれば、当該取締役の信任はかなり薄れ、会社を去らなければならない副次的効果を生まないこともない。しかし、取締役在任中の責任は退任後も代表訴訟によって追求し得⁽²¹⁾なくはないが、総会決議を争う方法によるそれは、総会の終了と、それに続く総会決議の瑕疵を争う訴えの提訴期間⁽²¹⁾によって一応の決着をみる。訴訟技術上の煩わしさを、代表訴訟に集中させればさせるほど、後者の会社訴訟に関心が向く。会社の業務執行権を司る取

締役の責任追求の場を、総会に集中させたことが、会社の総会運営に払う異常なまでの配慮を生み、株主への利益供与の悪弊を助長する結果となることを、大いに反省し、この窮状から脱する必要がある。会社の種類の違いに係なく、総会におけるコーポレート・ガバナンスが公正に図られているか否かを注目しなければならない必要はますます増加しよう。

5 実体法規と手続法規の融合の不完全

誰が会社訴訟の当事者適格を有するかについて、叙上の商法の規定の他に、民訴法の三〇条の選定当事者や、三五条一項の法定代理人不在等の場合の新たな代理人の選定、三四条二項の訴訟行為をするのに必要な授權を欠く場合の補正命令の規定、あるいは訴えの取下に関する二六一条以下、また訴訟参加に関する四二条以下等は、実体法でない手続法の規定であるが、同時に会社組織の構造を規定する実体法たる商法の規定の中にも、現行二六八条二項の訴訟参加に会社が被告側に参加できるか否か、²³現行二六八条ノ三の再審の訴えが認められているから、代表訴訟において提訴株主の一方的な訴えの取下は許されるか否か、といった議論が錯綜する。両法理の調整の問題は絶えず、会社訴訟に話題を提供する。

（1）私法論文集続編二二三頁に掲載された論文。昭和八年四月発行の法学協会五十周年記念論文集に掲載。

（2）明治三二年商法（以下法とのみいう）一七〇条一項および、昭和一三年法二六一条一項中の「取締役は各自会社を代表す」という部分。

（3）現在のコーポレート・ガバナンスに対比する意味で使用する。

（4）例えば、松田二郎、鈴木忠一・条解株式会社法、三二二頁。

(5) 現行二六六条一項、明治三二年法一七七条、昭和一三年法二六六条。

(6) この削除により、その穴埋めとして新制度・代表訴訟が設置されることになったとも考えられようが、そのような学者の理解はなく、この制度が全く新規にアメリカ法を範とするものとの認識が一般的である。

(7) 明治三二年法二七八条、株主総会または少数株主が訴訟の代表者をとくに指定しなければ監査役が会社を代表することになる(同法一八五条)。

(8) 昭和一三年法二六八条一項。

(9) 現在進行中の株主代表訴訟の改正意見の中には、提訴資格についてコンテンポラリー・セオリー(当該行為時に株主であった者に限定される、アメリカ法)が論じられていることとの比較についての検討が必要である。

(10) 小町谷操三・新商事判例二巻、本書は昭和四二年までの判例を取めているが、旧法下で取締役の責任(二六六条)を争った事例三七件(内一例は新法下での八幡製鉄の政治献金事件を掲載)は、二四七条を巡る株主総会決議取消の訴えの事例一九〇件、二五二条の総会決議無効の訴えの事例一一三件との差が極めて好対象をなす。

(11) 本来の訴訟とは取締役への直接の損害賠償請求の訴えを指す。ALIのコーポレート・ガバナンスは、第七、〇一条(d)項で閉鎖会社の場合に、「裁判所がそうすることによって (i) 会社又は被告を不当に多数の訴訟に巻き込まないであろうこと、及び (ii) 会社債権者の利益を害さないであろうこと、及び (iii) 全利害関係者間における回復の公正な分配を阻害しないであろう」と判断するかぎり、その裁量において、代表的請求をなす訴訟を直接訴訟として扱い、代表訴訟に対してのみ適用される制限及び抗弁からそれを免れさせ、かつ個人に対する回復を命じることもできる。」と規定し、両者の境界を開放している。

(12) 派生とも代位とも呼ばれる。

(13) 取締役の責任を追求するか否かの判断は、当然取締役が会社との委任関係を下にして負う取締役の義務の履行としてなすべきものであるから、当然、役会がなすべきである。現行二六七条二項は、判断機関を特定せず、ただ会社が訴えの提起をしないときのみを規定するが、役会で決まらない場合は、会社・取締役間の訴えの代表の決定のルールがその判断にあてはまるという理解が、爾後の昭和二六年有限会社法二七条ノ二の「社員総会の定むる者」、あるいは昭和四九年の商法特例法二四一条一項、二項の「役会が定める者」、「総会は、前項の規定にかかわらず、会社を代表すべき社を定めることができる。」等の規定を生んだものと考えられる。

会社訴訟において裁判所はコーポレート・ガバナンスをどうみるか

- (14) 現行二六七条四項に、財産権上の請求に非ざる請求に係る訴え、と改正された。
- (15) 現行二七五条ノ四。
- (16) 伊澤孝平・注解新会社法、五四九頁は、從参加と呼び、この参加も取締役が株主と共謀して他の株主に不利に訴訟を終結せしめることを防止する方法として、会社または株主の訴訟参加を認めたものであると解する。
- (17) 大隅健一郎・商事法研究上、三五六頁以下参照。
- (18) 株主からみて、企業構造に *corps* が存在することは否定できない。
- (19) 訴訟の名宛人という意味で、監査役が訴訟追行の適格者ではないという考えが一般的である。監査役制度の改正に伴い、本条は明治三二年法一八五条一項但書において「総会は監査役以外の者にこれを代表させることができる」としているし、昭和一三年法二七七条一項も同様な規定を置く。昭和二五年法二六一条ノ二は、役会の定める者を代表としているが、いかなる条件が公正な取締役の責任追求に相応しい者かを予め、法が設定することはなかなかむずかしい。
- (20) 遡及効といわれるもの。
- (21) 勿論決議不存在・無効といった瑕疵を除く。
- (22) 企業主体たる会社と取締役との利益相反関係。
- (23) 拙稿・会社訴訟におけるコーポレート・ガバナンスと訴訟参加、國土館法学二八号一頁以下。

二 株主代表訴訟と呼称されるようになって何が変わったのか

1 実体法規・手続法規の融合(昭和一三年改正が目指したものと、二五年改正の脈絡、それは決して制度改革によって分断されたものではなく、究極的にコーポレート・ガバナンスを目指すものである)

わが国における代表訴訟の研究に火が注がれたのは米法研究者等の一連の作業、なかでもその呼称の変更をも株主代表訴訟とさせた竹内昭夫の努力、これと並行してアメリカ法律協会ALIの代表訴訟制度の規定化のわが国への紹介に負うところが大きい。さらにこれに呼応して法制審議会商法部会の実質的な先導者竹内が進めた平成五年商法改正により、取締役の会社に対する責任の追求の有力な手段としての法曹実務家の理解が進み、従来の水準を遙かに越える理解が生まれつつある。この分野が実体法・手続法の両法域にまたがる部分であるのは、それが実体法規と手続法規を分離しないアメリカ法の影響下にあることにも起因する。わが国においても、昭和二五年改正以前から、この領域における理論の中に両法規が複雑に絡むという点では両者(会社法上の訴と会社訴訟)は同じ基盤(例えば、誰を会社代表者とするか、馴合防止をどうするか)の上に立つ。

昭和一三年の改正の中にも実体法たる商法規定の中に、手続規定が併存することが知られている⁽²⁶⁾。例えば、合名会社の社員の業務執行権剥奪、および社員の会社代表権剥奪の裁判所への各請求に関する規定(要綱二九、三三二)が、ドイツ商法一一七条にならって設置されたのもこの時期である。現行八六条に結実しているこの規定は一項四

号に『会社を代表するに当たり不正の行為を為し又は権利なくして会社を代表したる』場合は『会社は他の社員の過半数の決議を以て其社員の除名又は業務執行権若しくは代表権の喪失の宣告を裁判所に請求することを得』と規定する。かかる請求の対象となるのは、社員の業務執行の態様である同項二、三、四、五の各号に触れるから、裁判所が企業の管理運営の判断に介入する局面は、かなりあったはずである。⁽²⁷⁾ もちろん、これ等の規定は、株式会社には準用されず、旧二五七条は取締役を解任できる場を総会と規定し、この規定は、昭和二五年の改正で、アメリカの法制にならぬ総会の場合で否決された場合にのみ、一定の株主に解任の訴えが請求できることとなった。⁽²⁸⁾ このように考えると、取締役解任の訴えも、コーポレート・ガバナンスに繋がる法規制ということになる。

2 馴合を配慮しなければならない場面の増加（閉鎖会社の争訟の特色）

馴合訴訟は、一面で手続法上の配慮により、不当な会社の管理運営を排除するものである。民訴法三三八条（旧四二〇条）一項は、再審事由を一〇項目にわたって列挙しており、訴訟代理権のない者の訴訟追行行為（三号）や可罰行為により自白をするに至った場合（五号）等はこの種の争訟に当然予想されることであつた。業務執行権を行使する資格を有しない者による企業の管理運営や、会社訴訟における代表権を法的に欠く者の訴訟追行が馴合訴訟を形成する例は多い。馴合うことによつて惹起される、企業における不正義は、局面を再審の場だけに限るわけではない。会社訴訟におけるコーポレート・ガバナンスが馴合と結びつくもう一つの要素が、近時、閉鎖会社における争訟の中にも多々見受けられる。

この馴合訴訟と閉鎖会社における会社を代表し訴えを提起できる当事者について、わが国の裁判所がどのような

態度をとったかを検討し、会社訴訟におけるコーポレート・ガバナンスを若干検討してみることにする。裁判所は、原告と被告の訴訟追行を的確に把握しなければならぬからである。

(24) 株主の代表訴訟、法学協会百周年記念論文集第三卷一五七頁注3参照。

(25) コーポレート・ガバナンスの原理…分析と勧告という形を取り、リステイトメントとほぼ同じ意味合いをもつ（アイゼンバーク・コーポレート・ガバナンス、はしがき四頁）。

(26) 松本蒸治・前掲書、二二三頁以下によれば、企業管理運営の判断に裁判所の介入する局面の拡大する傾向が強いことが示され、昭和六年七月の法制審議会商法改正要綱にはかなりの規定を用意したことが、述べられている。

(27) 小町谷操三・前掲書一卷、三七一頁以下は、この種の事例も極めて少ないことを示す。

(28) 拙稿・前掲、一四頁の注23を参照。

三 判例にみる会社訴訟における間接的コーポレート・ガバナンス

1 馴合と再審

会社訴訟において、馴合訴訟が再審との関わりをもった例を挙げてみる。残念ながら、代表訴訟の改正が行われた昭和二五年ないし平成五年の間に、再審の訴えが最高裁判所に係属することはなかった。まさに、改正の過渡期に、最高裁判所は一つの判断を下した⁽²⁹⁾。本訴は、通常の給付訴訟で、再審を挟み、新旧の会社代表者間で立替金の支払いを求めたものであるから、会社と取締役間相互の訴えの形態をとる。事案は、この新旧の会社代表者間でい

会社訴訟において裁判所はコーポレート・ガバナンスをどうみるか

ずれが適法な当事者であるかが争点となり、商法特例法の適用会社において、再審前の原告X（再審後の被告被控訴人、被上告人）の請求を認めるという代表者（登記上の代表取締役）としての内心の動機に違法があっても、このために代表権限（実質的に株式が譲渡され実質的な代表権「会社支配」が原告に移譲されているとしても）を有しないとする余地はないとし（控訴人、上告人はY会社）、訴えが却下されたことに對し控訴された審理で、代表者が自己または第三者の利益のために訴訟行為をし、相手方がその真意を知りまたは知り得べきであったときは代表取締役には当該訴訟行為につき会社を代表するのに必要な授權が欠けている場合と同視できるとして、民訴法四二〇条一項三号の再審事由の存在が認められ、原審を取消し本件が差し戻された。上告審の原審の口頭弁論終結後『本件訴訟の提起、訴状の送達は、監査（商法特例法のこと）特例法二四条一項に違反し無効である』旨記載した準備書面により、かかる給付を請求するかしないかの判断（一種の取締役の責任追求）を決定するのは商法特例法二四条一項（法令）であり、役会の判断（株式の譲渡により上告人等にその判断権は移っていたわけであるから）を無視したものであるとする上告理由に對し、裁判所は、『訴訟の当事者である株式会社代表者として訴訟行為をした者に代表権があった場合には、右代表者が自己又は第三者の利益を図る意思で訴訟行為をしたときであっても、民訴法四二〇条一項三号の事由があるものと解することはできず、この理は、相手方において代表者の意思を知り又は知り得べきであったとしても同様である。ただし、株式会社の代表者は、法に特別の規定がある場合を除き、当該会社の営業に関する一切の裁判上又は裁判外の行為をする権限を有する（商法二六一条三項、七八条一項）のであり、その代表権限は、右代表者の裁判上の行為をする際の意思又は当該行為の相手方における右代表者の意思の知不知によって消長をきたすものではないからである。』と判示して控訴審判決を破棄し、上告人の上告を棄却（自判）した。

第一審の訴え却下の判断と、控訴審の原審への差戻しの判断は真向から対立し、民訴法学者ならびに裁判実務家の関心を集中させた。⁽³⁰⁾ 上告審での判断対象は事実審理ではなく法律審であることからすれば、再審が事件と切り離して原判決だけを取り出して、その是非を判断する趣旨から、争訟全体の推移を推し量ること、すなわち適格な訴訟当事者が本件を訴訟追行していたのか否かは、本上告審では争えないとの結論に直結する。前示注(30)の最高裁の判例研究で、石川は、「本判決は、馴合訴訟と民訴法の再審事由の關係について出された最初の最高裁判決であると共に、訴訟行為に関する株式会社代表者の代表権限は、その代表者及び相手方の意思によって左右されないとこの点を明らかにしたもので、実務上大きな影響を与えたものといえる。同種事案に関しては、今後、民訴法四二〇条一項三号（現行三三八条一項三号）に基づき再審の訴えを提起することは困難であり、当事者の救済は、同条一項五号による再審の訴えによるか、又は確定判決に対する請求異議の訴えを検討することになる。」と、本判決を位置づける。勿論主張の最後にあるように上告は、控訴と同様、移審の効力や確定遮断の効力があるから、確定判決に対する請求異議の訴えが否定されるわけではないとしても、強制執行の不許を以て、消極的に請求権を護る方法で、馴合を防止することでの救済には限りがある。また、会社訴訟における馴合の防止という企業実体法の立場から、裁判所を会社訴訟から遠ざける消極的立場⁽³¹⁾がわが国の会社訴訟の中に容易にその位置を占めることをおそれる。会社訴訟における当事者適格や訴訟遂行権の有無の判断は、馴合においては重要な要素となり、裁判所の職権調査事項である。⁽³²⁾ 再審の審理の限界が、馴合の真相を放置するとなると、馴合訴訟の救済のために置かれたと理解されてきた商法二六八条ノ三の存在は無意味になってしまふ。会社訴訟は、その効力を訴訟当事者以外の者（第三者）にも及ぼせる。馴合によって被害を被るのは、当事者だけではないことを考えると、一般の民訴法の理

論を以て之を解決するだけでは足りない。石川はさらに続け、「大正一五年の民訴法改正に際し、旧民訴法四八三条一項の詐害再審の規定が承継されなかったのは立法上の過誤であるとの疑問が出されている」「新堂・民事訴訟法第二版補正版五一二頁、斉藤秀夫他編・注釈民事訴訟法（2）第二版二四五頁等」、今回の改正作業でも馴合訴訟と当事者・第三者との関係について取り上げられていないのは、従来の判例・学説によってまかなうことができるということであろうか。この意味では、本判決は、民訴法が前面改正された後も重要な意義をゆうするといえる」と結ぶ。馴合の実体を見て裁判所は判断するわけでありその判断は、実体法・手続法いずれの片面からも之を捉えなければならぬということはいうまでもない。

2 馴合訴訟と閉鎖会社

最高裁は、閉鎖会社の会社訴訟で、もう一つ同じ馴合について別の判断を下している。これも平成五年商法改正施行前の事案である³³。争点は取締役の選任決議の効力を巡るものであり、馴合は、Y会社（被告、控訴人、上告人・旧代表取締役A）とAから株式を譲渡されたというX新代表取締役（原告、被控訴人、被上告人）間で、Aによって開催された総会でAが取締役に選任された決議が存在しないこと及びXが取締役・代表取締役であることの確認を求める訴訟において、これ等が認められるか否かが争われたものである。第一審、二審ともXの主張は旧代表取締役Aによって応訴され、Xの主張が認められたので、両審理において訴訟の指揮を取ったAは、その判決を不服として、Y会社が上告したものである。その理由として(1)本件は商法特例法二四条一項の適用を受けるが、Aの応訴を棚上げして、Y会社の役会はAを本訴につき代表者に定めたことがないから、Aは権限なくしてY会社を代

表したものであって本件の決議不存在確認訴訟は無効であること、(2) AからX等に対する右株式譲渡については、Y会社の定款所定の役会の承認はなかった、と主張した。

上告は次ぎの理由で棄却された。『商法特例法二四一条一項が会社と取締役との間の訴訟について会社の代表取締役の代表権を否定したのは、代表取締役は、訴訟の相手方が同僚の取締役である場合には、会社の利益よりもその取締役の利益を優先させ、いわゆるなれ合い訴訟により会社の利益を害するおそれがあることから、これを防止する趣旨によるものと解される。そうすると、会社を代表する代表取締役において当該訴訟の相手方を取締役と認めていないときは、右の意味におけるなれ合いのおそれはないことが明らかであるから、会社を代表する代表取締役において取締役と認めていない者は、同項にいう取締役には当たらないものとするのが相当である』と。二つ目の理由は省略するが、会社訴訟の判断に、裁判所が馴合を積極的に採り入れ結論を出した跡が明確に窺える。馴合訴訟を巡る最高裁の判断は、再審事由があるかないかの違いはあるが、まさに正反対の形を示すこととなった。

3 下級審における、閉鎖会社の会社訴訟と馴合

細密な商法法規の存在を理由として、法人という法衣に隠れ、自己の責任を逃れようとする幾多の濫用は、法人格否認の法理という英米の判例から発達した理論によって之を防止するわが国の判例にも影響を与えていることは広く知られている。この法理を適用されるのは中小閉鎖会社である。この閉鎖会社の会社訴訟について、前述の最高裁判決の後、引続き馴合を巡る下級審の判決が、平成八年に二件現れた。先の最高裁の判例との対比において、

裁判所がおこなった馴合の判断を検討してみたい。

いずれも商法特例法二四条一項により、会社・取締役間の訴訟につき会社を代表する者の選定につき役会の承認が得られたか否か、その者の訴訟行為につき当事者適格を有する者によって之がなされたか否か、が争点となっている。二件とは、大阪高判平成八年七月一〇日、判タ九三七号二四二頁、東京地判平成八年八月二六日、判タ九四一号二六四頁である。

(1) 馴合の当事者は、賃料、賃金等の請求訴訟を提起した、商業登記簿上に登載の取締役X（原告、被控訴人）とY会社（被告、控訴人）である。両者の間にはXの任期満了後も後任者が選任されていない状況がある。訴状にはY会社は被告を代表する代表取締役Aと表記されているが、AがXの提訴に応じたものである。Xは妻と併せてY社の株式の五〇％を保有しAと共有持分権を有する建物をもつ間柄である。AはY社の窮状に鑑みY社に対する賃料請求権の放棄ないし請求の猶予を行い、役員報酬もとらず、四〇〇〇万円を貸付けたまま返済を受けていないこと。逆にXは、Yから本件賃料の支払いを受けていないが、其れ相当分の収入があるものとして所得税、住民税を徴収され、本件二、三の建物の持分相当分の固定資産税、歳計画税を負担したこと、またある時期以降の経営状態についてはその詳細を知らされていないし、A個人の生活費かY社の経費かの判然区別の付かない状況があるから、賃料請求権を放棄した等の主張は実質を伴わないと反論（以上は控訴人、被控訴人の主張）している。

判決の理由は次の通りである『商法特例法二四条が会社と取締役間の訴訟について会社の代表取締役の代表権を否定したのは、馴れ合い訴訟により会社の利益を害するおそれがあることから、これを防止する趣旨によるものであることは確かである。したがって、会社を代表する取締役において当該訴訟の相手方を取締役と認めていないよ

うな場合には、右の意味における馴れ合いのおそれがないことが明らかであるとして、当該訴訟の相手方を同条にいう取締役にあたらないとして同条の適用を否定することができるとしても、これとは逆に会社を代表する取締役において当該訴訟の相手方を取締役と認めているような場合には、馴れ合いのおそれが明らかであるとみて、当該訴訟の相手方を同条にいう取締役に当たるとして同条の適用を否定することはできないと解するのが相当である。本訴においては、被控訴人が自分を取締役でないと主張していても、商法上取締役としての権利義務を有し、控訴人の代表取締役であるAが被控訴人を取締役であると認めているのであって、控訴人の主張するように、実際問題として、控訴人の代表取締役であるAと被控訴人とは対立関係にあって馴れ合いのおそれがないかどうかにかかわらず、被控訴人を同条にいう取締役に当たるものとして同条の適用を否定することは出来ないものと解するのが相当である。

以上の手続上の瑕疵は民法五六条（現行三五条、規二三条）の特別代理人を選任するなどの方法により補正することのできる瑕疵であるところ、右瑕疵の補正手続は事柄の性質上第一審裁判所でなすべきものであるから、本件訴訟を第一審の大阪地方裁判所に差し戻すこととする。』

判旨は馴れ合いがあるか否かの認定につき、かなり曲折した表現を駆使し、結論においてこれを肯定する効果をもたらす結果となっている。曲折したとは、『馴れ合いのおそれがないことが明らかであるとみて、；同条の適用を否定することができるとしても』との部分であり、馴れ合いが、一般に利害の対立のない当事者間で成立することを前提とするものと判断されることを避け、事実の認定の過程の中で実質的な見地から本件をみて馴れ合いを判断しようとする部分である。それは利害対立がなければ、絶対に馴れ合いはないと必ずいい切れるかという問題である。第一審と第

二審の原告と控訴人は、別人物である。異なる以上利害が対立することは明白であり、前述の論理で馴合を単純に肯定することは易しい。馴合は、各審理毎の判断には決して委ねられない。各審級の間で会社訴訟の主客が転倒することによって、利害の対立に逆転が生じる可能性は否定できない。裁判の全行程を見通すところを肝要であらう。本件は原審に差し戻されることとなったが、もし控訴審で被控訴人が敗訴すると、判決の確定をまつて再審という手続のみが残される。再審は事件と切り離して原判決の是非だけが審理され、事件の推移を見通し、馴合を判断することは困難である。事実認定の中にこそ馴合の本質が隠されていると考えられるから、その点で本件の裁判所の判断を是認することができよう。

(2) もう一件も、閉鎖・同族会社の事例である。争点は、株主権の帰属の問題であり、株主の属する会社Y₂（被告）にはX₁（原告）ないしX₄（原告）およびY₁（被告）とB、Cの七人がおり、この父の所有する三六、〇〇〇株が七人によって相続されたか、生前二一、〇〇〇株がY₁によって贈与されたか否かが争われた。原告四名は父が所有した全株の七分の四を所有することの確認を求める訴を提起した。問題はXらの訴えに、Y₂会社および当該会社の代表者、代表取締役としてY₁が応ずる根拠である。Y₁の主張はAから二一、〇〇〇株の贈与を受けた根拠としてY₁がAのため金策、就職の世話、立替払い等を行ったと主張したが、X₂の方こそAへの貸金の代物弁済として株式の譲渡を受けた旨の主張がある。当事者間に争いのない事実として、(i) Aの相続人間では被告会社Y₂の株式についての遺産分割協議が成立していないこと。(ii) X等が提起したAの遺言無効確認を求める訴が控訴棄却の判決を受けたこと。(iii) Aの所有していた三六、〇〇〇株の株式につきXが代物弁済契約により譲り受けたと主張してY₁に対して提起した訴も請求棄却の判決を受け、控訴後之が取り下げられ、判決が確定している等が確認され

る。すなわち被相続人たるA保有の株式の帰属の問題は、依然として確定していないことがわかる。このような状態で、株式の帰属者が誰であるかを、裁判所は、積極的に特定しなければならない立場に置かれることになる。閉鎖・同族会社の常で、相続における遺産分割協議を巡る紛争の解決に要する時間が、異常に長いことは周知の事実である。そこでは、商法が定めた、手続・方法を超越した取扱、慣行が行われている。裁判所の職権の介入を最も要する部分であろう。本件は、当事者間の利害の対立の最も激しい紛争であるから、馴合の生じる余地のないことは明らかである。このような特質をもった企業にこそ、紛争のレフェリーあるいは訴訟の指揮をとるべき者が誰でもあるかを定めるルールが必要となる。商法特例法二四条はむしろその判断を行う規定と位置づけるべきであり、その一要素として馴合の予防が果たされると考えることが妥当であろう。裁判所は、馴合の判断を行う以前に、まず誰が訴訟指揮を取り得る者かの判断を行わなければならない。

判決理由は次のようにいう。『以上を総合すると、結局被告ら主張の贈与契約はいまだこれを認めることはできない。

被告会社に対する訴の適否につき職権で検討する。

前項の認定・判断によると、被告Y₁はY₂会社の株式四二、〇〇〇株のうち、三〇〇〇株しか所有しておらず訴外D、Eから譲り受けた相続分を合算しても、他に三六、〇〇〇株の株式につき持分七分の三を有しているに過ぎないこととなる。しかるに、甲第一〇四号、第一〇八号証の各一、二、乙第二六号証及び原告X₂（第一回）・被告Y₁の各本人尋問の結果並びに本件記録中の被告会社の登記簿謄本によれば、被告会社の取締役は、原告X₂、被告Y₂及び訴外Fであるが、被告Y₁は被告会社の株主総会、取締役会の開催が一切ないのに、ほしのままに自己を被告会社

の代表者として登記してしまい、これを知った原告X₂が抗議しても、全く無視していることが認められる。してみると、被告Y₁は、適法に代表取締役として選任されたと認めることはできず、被告会社を代表する権限があるとは認められないので、被告Y₁を代表とする被告会社に対する訴えは不適法であると言わざるをえない。また、被告会社取締役である原告X₂の訴えについては、商法特例法二四条により、取締役会、または株主総会が定める者が会社を代表することとされているところ、これらの手続が履践されていないことも明らかであるから、原告X₂の訴えはこの点ですでに不適法であるといわなければならない（なお、本来はこれらの点につき補正を命ずるべきではあるが、弁論の全趣旨によれば原告ら被告らともに補正する意思がないことが認められるから、補正を命ずることなく、直ちに訴え却下の判決をすることとする）。』

株主権の帰属の確認を積極的に争う会社訴訟は、商法には存在しない。このような紛争で争われる利益は、きわめて間接的な会社の利益であり、個々の会社構成員（相続人）自身の利益がそれにまざる。しかし会社訴訟における訴権は、大隅のいうように社員としてのみ行使し得るものである。専ら公開会社の法秩序を規定する商法がこのような規定を置かない理由は、護られるべき利益が、果たして会社の利益か否か不明であることによる。閉鎖会社における商法特例法二四条は、商法の規定である二五七条ノ四を意識した規定であり、要件は異なるが一種の準用規定に過ぎない。閉鎖会社規制が公開会社規制と同じ方途で行われることには、予てより問題を提起してきた。³⁴株主権の確認を巡る争訟は、閉鎖会社に特有のものであり、これに対する配慮は、閉鎖的会社を規制する商法特例法にも、有限会社法にもない。

しかし、ここで護られるべき間接的な会社の利益とは、会社のコーポレート・ガバナンスそのものであると考え

る。すなわち、商法特例法二四条や有限会社法二七条ノ二の会社訴訟の会社を代表する者を判断し、彼による直接的な会社統督を求め得る規定であると理解すれば、かかる場合にも、この規定の適用があつてよい。本件は、このような訴訟にも商法特例法二四条の適用があることを示した先例であると考える。本件では、原告・被告双方とも、誰が会社訴訟の会社を代表する者であるかにつき、株主権の帰属の問題（相続紛争）に気を取られ役会、総会いずれの開催も行っていない。それゆえ裁判所は、本件紛争を会社訴訟とは捉えず、通常行われてきた補正⁽³⁵⁾をせず、ただちに訴えを却下した点は、本件と正反対であるが、先に述べた理由で、本判旨には賛成である。

理由は結論の部分で次のようにいう『――、本訴は遺産分割の前提としての訴訟であり、被告らも特に訴えの却下を求めることもなく、便宜にも叶うものと思われるので、あえて右の範囲の訴えを却下することはしない』。裁判所は、本件に係属する別訴前示（ii）の控訴審判決は確定しておらず、本争訟を会社訴訟とは認定せず、遺言無効確認訴訟と判断するものと解することができる。

(29) ここで触れる平成五年九月九日の最高裁判決は、平成五年商法改正（施行は一〇月一日）前の事例である。第一審、東京地判平成二年八月三日判時一四一五号一〇五頁、原審、東京高判平成三年七月一七日判時一四一五号一〇三頁の上告審である。

(30) 三谷忠之・高裁の判例研究、判時一四二七号一八二頁、本間靖規・高裁の判例研究、私法リマックス六（一九九三「上」）一四〇頁、石川恭司・高裁の判例研究、判タ八二二号三四頁、宮川聡・最高裁の判例研究、平成五年度重要判例解説（「ジュリス」）一四三頁、中山幸二・最高裁の判例研究、法学セミナー四〇巻三号四九頁、石川恭司・最高裁の判例研究、判タ八八二号二五二頁、田中豊・最高裁の判例研究、法曹時報四七巻九号二五一頁、以上発表の順序に掲載。

(31) アメリカにおいては、裁判所は、極めて専門的経営判断にまで介入し判断をすることはない。いわゆる経営判断の原則（business judgement rule）が、取締役の責任を免除する形で作用する。

(32) 上告の審理の方法は口頭弁論を経ない書面審理で行われ、調査の範囲が限定されるが、職権調査事項については上告の調査範囲会社訴訟において裁判所はコーポレート・ガバナンスをどうみるか

圈に入る（民訴法三二二条）。訴訟代理権の欠缺と補正については、後に若干検討する。

（33） 最判平成五年三月三〇日、民集四七卷四号三四三九頁。

（34） 拙稿・私法四六号、学会シンポジウム一四五頁、私法五五号、学会シンポジウム一四四頁、私法五七号、学会シンポジウム一二七頁。

（35） 会社訴訟において、商法特例法二四条による会社を代表する者がいない場合には、訴えは不適法であるが、民訴法五六条（現行三五条）の特別代理人の選任を得るなどの方法により補正することのできる欠缺であれば民訴法五三条（現行三四条）によつてその補正を命ずべき理由があるから、ただちに訴えを却下することは否定されるべきであるとする判決、東京高判昭和五三年一月二八日、判時九一九号九六頁について、森田章・判例研究（商事法務九三七号二三頁）がある。

四 むすび

会社訴訟の筋を見極めることは難しい。訴訟当事者は、訴訟の審級・勝敗により所を変え、護るべき利益すら経営の推移により消滅することがある。訴訟の始まりから収束までを見通し、当事者適格、訴訟遂行権、これらの要件の欠缺を補正する判断、訴訟参加、訴えの取下げ、和解、再審といった、一般民訴法のルールと、商法のこれらに対応する規定との調整を行う必要がある。実体法・手続法両分野の共同で考えをつめなければならぬ部分が極めて多いところであるが、研究者の考察は、それぞれ自己の研究分野を越えないのが、会社訴訟の現状である。立法の作業においてはさらにこの壁は高いと聞く。前述の石川の主張は、平成八年民訴法改正も、この点を回避して行われたことを指摘している。会社訴訟の増加傾向とこの分野における統一的検討の必要が待たれる。

会社法研究者（メルビン・A・アイゼンバーグ）のドラフトになるコーポレート・ガバナンスの理論は、一九八〇年代の初頭に端を発したアメリカでの議論であったことにより、アメリカ法を介して、わが国にその理論が紹介されている。アメリカにおけるコーポレート・ガバナンスは、代表訴訟（derivative suit）を通じて検討され、それは昭和二五年の商法の改正や、現在進行中の改正議論の中に、重要な位置を占めている。アメリカ法の特徴は、実体法と手続法の垣根を越えて法規を作成する。アメリカ法からの影響を実体法的部分だけを抽出して、わが国は、商法の改正をしてきたわけではない。手続法的色彩を含んだ商法規定は、現行法の中に数多く存在する。それ以前特に昭和一三年改正にみられるわが国の会社訴訟の法規制についても、裁判所の判断を下に、争訟の実体を見据え、誰が本訴の会社を代表すべき者であるか等の規定が置かれた過程での松本の主張の中に、会社訴訟における裁判所の関与を示す記述があった。⁽³⁷⁾ただ、同要綱とて、全て昭和一三年法に結実したわけではない。本稿は、商法二六八条ノ三の再審の規定が、馴合防止の意味をもつという観点から作成したものである。馴合の問題も、現在論じられているコーポレート・ガバナンスが、裁判所を通じて実体法・手続法の両面から考えられるべきであることと同じく、訴訟法学者だけの議論にすべきではないことを簡単に述べた、私のコーポレート・ガバナンスに関する一連の考察の一つである。⁽³⁸⁾

(36) 判タ八八二号二五二頁の、本判決の位置づけのパラグラフ二を参照。

(37) 私法論文集続編、三五頁ないし二〇八頁に商法改正要綱解説として掲げ、総則・会社各編について用意された二〇六箇条の要綱に一貫して流れている。

(38) 拙稿については、早稲田法学七二巻四号五頁の注8を参照されたい。

〔追記〕 このような粗い原稿を中村眞澄先生の古稀記念として掲げさせて戴く失礼をお詫びしたい。予定されていた、日本公証法学会の本年秋の公証人諸氏との共同研究にも学内の仕事で参加できず、先生には数々の負債を負っている。学部でゼミで御世話になった柔和な先生の学恩にどれだけ報い得るかは判らぬが、私の長い会社訴訟研究の一端を披露してゼミ報告の穴を埋めたい。

中村眞澄先生の古稀を心からお祝い申し上げます。

平成九年一二月六日